

الطلاق ودور القضاء فيه

دراسة غقية تحليلية

دكتور / أحمد عبد العزيز عرابي

مدرس الفقه العام بالكلية

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على من أرسله الله رحمة
وهداية للعالمين ، وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن تبعهم باحسان الى يوم
الدين .. وبعد ..

فيثير الحاقنون على نظام الأسرة المسلمة ووحدتها وتماسك أعضائها ،
وترابط وتناسق القواعد والحقوق والواجبات المتبادلة بين أفرادها « قضية
الطلاق » . فيصور لهم الوهم أن نسبة الطلاق في البلدان الإسلامية تزيد زيادة
مطرده ، وأن المشردين في الشوارع هم من آثار هذا النظام الرجعي القديم ..
وسرعان ما يقدمون العلاج لهذا المرض الخطير في تصورهم ، فلا يخطر ببالهم
إلا رفع أصواتهم بالمطالبة بالحجر على إرادة الزوجين بالطلاق ، والزامهما
بالمعيشة المشتركة ، ومنع التفريق بينهما مهما بلغت الظروف والأحوال ..
غير أن هذا الصوت الذي كان يطالب بإلغاء نظام الطلاق قد خفت الى الأبد بعد
أن أصبح الطلاق نظاما عاما في معظم دول العالم ، ولهذا فقد لجأ هذا الصوت
الى المطالبة بنقل حق الزوجين في الطلاق من إرادتهما الحرة . المقيدة بالضمير
والوجدان والمصلحة والدواعي النفسية والأسباب العائلية — الى إرادة
القاضي المطلقة فيجيز حالة ويمنع أخرى ، ويصبح الطلاق رهن إرادته
ومشيئته ، وقوة الحجة التي يقدمها المحامي الأقوى لأحد الزوجين .

وكما خطأ هؤلاء في المرة الأولى ، وخفت أصواتهم وتلاشت حججهم ،
أخطأوا أيضا في المرة الثانية وسكتت أبواقهم أمام الواقع العملي لمشكلات
الأسرة التي يواجهها الفرد في كل يوم ولدى كل دولة ، لأنه إذا كان الزواج
ضرورة اجتماعية لبقاء النوع الانساني واستمرار وجوده ، فإن الطلاق —
الذي هو أبغض الحلال الى الله — ضرورة اجتماعية أيضا ، لما قد يطرأ على
رابطة الزوجية ما يهدد كيانها ، ويفقدها أسمى معانيها .

ولقد أشرت من بين ما أشرت اليه من هذا البحث المتواضع الى مساوىء نظام عدم الطلاق ، وأنه لم يعد له وجود لدى أى تشريع من التشريعات الرسمية فى معظم دول العالم ، كما بينت المآخذ على نظام حصر الطلاق بين القاضى ، وما ينشأ عن الأخذ بهذا النظام من استهتار كامل فى نظام الأسرة المسلمة ، من نقل هذا النظام للفرقة من ارادة الزوج أو الزوجة الى ارادة القاضى أو المحامى ، ولا شك أن شعور أحد الزوجين بمسئولية التفريق الزوجى أشد من مسئولية غيره مهما كان موقفه .

ولما كانت موضوعات الطلاق فى الاسلام كثيرة ومتشعبة ، فقد آثرت أن أكتفى بموضوع واحد منها وهو « الطلاق بحكم القاضى » . وذلك لأهمية هذا الموضوع ، وبعد اثره بين الأسر والجماعة . فننقسه الى ستة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بالطلاق فى اللغة والاصطلاح .

المبحث الثانى : التفريق بين الزوجين بسبب العيوب والأمراض .

المبحث الثالث : التفريق بسبب عدم الانفاق .

المبحث الرابع : التفريق بسبب الشقاق والضرر .

المبحث الخامس : التفريق بسبب غياب الزوج .

المبحث السادس : التفريق بسبب سجن الزوج .

ويعون الله تعالى وتوفيقه سوف نقوم بتوضيح أحكام هذه الحالات ، وما ذكره الفقهاء من شروط للتفريق بين الزوجين بالترتيب المذكور .

المبحث الأول

تعريف الطلاق في اللغة والاصطلاح

الطلاق في اللغة :

هو مثل الاطلاق في المعنى ، وكل منهما يطلق على رفع القيد مطلقا ، سواء أكان هذا القيد حسيا أم كان معنويا ، فتقول : أطلقت البعير من عقاله ، وأطلقت الأسير والسجين ، وتقول أيضا : أطلقت لك المراهى ، بمعنى أنك أبحث له أن يبدى ما شاء من الآراء ، وقالوا : ناقة طالق . يريدون أنها مرسله بلا قيد .

وقد اختلف علماء اللغة في لفظ الطلاق ، فقال قوم : هو اسم مصدر فعله طلق — بالتشديد — ونظيره عند هؤلاء : سلم تسليما ، وسرح سراحا ، وقال قوم آخرون : هو مصدر طلق — بفتح اللام على الأشهر ، وبضمها قليلا مخففة ، وانكره الأخفش . ونظيره عند هؤلاء : فسد فسادا ، وصلح صلاحا (١) .

وقد غلب العرف الشرعى في الاستعمال على أن لفظ الطلاق يستعمل في رفع القيد المعنوى ، ولفظ الاطلاق يستعمل في رفع القيد الحسى ، فالغالب أن يقال : أطلقت السجين فهو مطلق — بفتح اللام مخففة — وأطلقت البعير فهو مطلق — بفتح اللام مخففة في الجميع — والغالب أن يقال : طلق الرجل امرأته — بالتشديد — فهو طالق ، وينذر أن يقال : سجين طالق ، كما ينذر أن يقال : امرأة مطلقة — بفتح اللام مخففة — بمعنى طلقها زوجها ، ومن أجل ذلك اعتبر علماء الشريعة قول الرجل لزوجته : أنت مطلقة . من باب كتابات الطلاق (٢) .

(١) مختار الصحاح ، لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى — ص ١٦٦ .

— والمصباح المنير ، للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى (ت ٥٧٠) ص ٥٧٤ .

(٢) مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر الرازى — ص ١٦٦ .

— والفقهاء على المذاهب الأربعة — تأليف عبد الرحمن الجزيرى ج ٤ ص ٢٧٨ .

الطلاق شرعا :

أما تعريف الطلاق في اصطلاح الفقهاء فانه يختلف باختلاف وجهة نظرهم
لا من حيث مضمونه وهدفه ، بل من حيث زيادة الفاظ التعريف وقلتها واحتواء
التعريف على المعنى المراد .

فقد عرف بعض فقهاء الشافعية الطلاق بأنه : « تصرف مملوك للزوج
يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح » . وعرفه بعض آخر منهم فقال : هو حل عقد
النكاح بلفظ الطلاق « ونحوه » (٣) .

وعرف الحنفية الطلاق بقولهم : « هو رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص »
أو هو « عبارة عن حكم شرعى يدفع قيد النكاح » (٤) .

والطلاق عند الحنابلة : « هو حل قيد النكاح » . فقولهم « حل » في
التعريف يشمل المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى ، وقولهم : « قيد النكاح » .
هو تعبير بالآثر الناتج عن قيد النكاح بأنه قيد يزيله النكاح ، ويخرج ما عدا
قيد النكاح من الرجوع في عقود التبرعات (٥) .

كما عرفه المالكية في كتبهم : « بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج
بزوجته ، بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزوج بغيره » (٦) .

مقارنة بين التعريفات :

وبلاحظ أن تعريف المالكية المذكور لا يتنافى مع تعريفه عند الحنفية
والحنابلة المذكور آنفا ، لأنه لا خلاف بين المالكية وبينهم الا في أن الرجعة
بالوطء لا تتحقق الا بالنية عند المالكية دون الحنفية والحنابلة ، أما الطلاق
الرجعى فانه لا يدفع عقد النكاح بلا خلاف . والمقصود بالصفة عند المالكية

(٣) مغنى المحتاج — للششيخ محمد الخطيب الشربيني — ج ٣ ص ٢٧٩ .

— والفقهاء على المذاهب الأربعة ، لعبد الرحمن الجزيري ج ٤ ص ٢٧٩ .

(٤) شرح فتح القدير ، لكamal الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن

الهام الحنفى (ت ٨٦١) ج ٣ ص ٤٧٣ .

(٥) المغنى ، لشيخ الاسلام ابن قدامة المقدس (ت ٦٣٠) ج ٧ ص ٩١ .

(٦) الفواكه الدوانى شرح أحمد بن غنيم بن سالم المالكي على رسالة

أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيروانى . ج ٢ ص ٥٢ . طبع
الطبعة .

الحديث العائلي ، وهو مدلول التطلق ، لأنه قائم بالفاعل ووصف له ، ومعنى « حكمية » . أى غير وجودية . بل صفة اعتبارية : لأن الحديث أمر اعتبارى ، والتطلق : الذى هو حل قيد النكاح أمر معنوى يحتاج الى لفظ يدل عليه ، فلهذا زاد الحنفية والحنابلة فى تعريفهم : « بلفظ مخصوص » . أما قول المالكية : « بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه » . يستلزم سبق واحدة ، وقد صرح بهرتين . وهذا القيد هو كقيد الحنفية والحنابلة . أو نقصان حله — لأن الغرض من القيد ادخال الطلاق الرجعى ، فانه لا يرفع حل النكاح (٧) .

ثبيل مشروعية الطلاق :

ودليل مشروعية الطلاق هو الكتاب والسنة والاجماع والعقل .

أما الكتاب فأيات كثيرة . منها قوله تعالى : (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) (٨) . ومنها قوله عز وجل : (يا أيها النبى إذا طلقتم النساء مطلقتهن لعنتهن) (٩) . ومنها قوله سبحانه : (ولا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن) (١٠) .

وأما من السنة فأحاديث كثيرة أيضا : منها ما رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه من حديث عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها (١١) . ومنها ما رواه البخارى ومسلم والترمذى عن ابن عمر قال : كانت تحتى امرأة أحبها ، وكان أبى يكرهها ، فأمرنى أن أطلقها ، فأييت ، فذكر ذلك للنبى ﷺ فقال : « يا عبد الله بن عمر : طلق زوجتك » (١٢) .

وأما الاجماع : فان علماء هذه الأمة ، ابتداء من الصدر الاول وحتى

(٧) الفقه على المذاهب الأربعة ، لعبد الرحمن الجزيرى ، ج ٤ ص ٢٧٩ . كتاب الطلاق ، دار احياء التراث العربى . بيروت . لبنان .

(٨) سورة البقرة . آية : ٢٢٩ .

(٩) سورة الطلاق . آية : ١ .

(١٠) سورة البقرة . آية : ٢٣٦ .

(١١) رواه أبو داود فى سننه — الامام سليمان بن الأشعث السجستانى

(ت ٢٧٥) — كتاب الطلاق ، الباب الثامن والعشرون .

(١٢) المسند — للامام أحمد بن حنبل الشيبانى (ت ٢٤١) — ج ٢

ص ٤٢ ، ٥٢ .

يومنا هذا مجمعون على جواز تطليق الرجل زوجته ، كما يقع في كل يوم حوادث من هذا القبيل ولم نجد من بينهم من أنكره .

وأما المعتل ، فلأن الرجل قد يجد في أخلاق زوجته ما لا يستطيع معه أن يعيشها ، فلو لم تبح الشريعة له مفارقتها لنكد عيشهما جميعا ، ولا استحلال على كل واحد منهما أن يقوم بواجبات الزوجية ، بل قد يدعو ذلك كل واحد منهما إلى الفساد واتخاذ الأخذان ، فاتقاء لهذه الشرور ، وصونا لنظام العائلة أباحت الشريعة السمحة للزوج أن يطلق زوجته ، كما أباحت للزوجة إذا أرادت الطلاق من زوجها أن تطلب إليه ذلك ، حتى وإن أعطته شيئا من المال تفقدى تقسما به ، كما أباحت الشريعة للزوجة أيضا أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب إليه طلاقها ، وعلى القاضي أن يجيبها أن رأى هو ما يستوجبه (١٣) .

هذا ، ومع أن شريعة الله سبحانه قد أباحت ذلك للزوج وأباحته أيضا للزوجة ، إلا أنها نفرت منه ، وجعلته أبغض الحلال إلى الله عز وجل .

فقد روى أبو داود وابن ماجه عن عبد الله بن عمر — رضي الله عنهما — أن النبي ﷺ قال : أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق . وفي رواية : « ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق » (١٤) .

وروى البخاري ومسلم عن ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ : أيها امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » (١٥) .

كما أمر النبي ﷺ بعلاج الزوجة أن يكن الداعي إلى مفارقتها مما يمكن علاجه ، وذلك في حديث رواه أحمد وأبو داود عن لقيط بن أبي صبرة قال : قلت : يا رسول الله : إن لى امرأة ، فذكر من بذاتها . قال : طلقها .

(١٣) الأحوال الشخصية فما لشريعة الإسلامية : تأليف محمد محي الدين عبد الحميد ص ٢٥٣ .

(١٤) سنن ابن ماجه — للإمام ابن ماجه (٢٧٠) ج ١ ص ٣٨١ .

(١٥) المسند — للإمام أحمد بن حنبل ، ج ٥ ص ٢٧٧ ، ٢٨٣ .

— وسنن الدارمي — كتاب الطلاق — الباب السادس .

— وسبل السلام بلوغ المرام — للعلامة الصنعاني (ت ١١٨٢)

ج ٣ ص ١٣٥ .

« قلت : ان لى صحبة وولدا ، قال : مرها ، فان يكن فيها خير ستمعمل ، ولا تضرب طعينتك ضربك أمك » (١٦) .

من له حق توجيه الطلاق :

هذا ومع ان الطلاق هو أبفض الحلال الى الله تعالى ، الا انه امر الابد من تشريعه ، مخرجا من الضيق ، ومخرجا من الشدة ، فى زوجية ام تتحقق ما أراد الله سبحانه من شرع الزواج ، لكن من الذى يملكه ، ايملكه الزوج وحده ام يملكه الزوجان معا ، ام يملكه القاضى وحده وليس واحدا منهما .

ومن يستعرض النصوص الواردة خاصة فى الطلاق ، يجد انها تدل دلالة واضحة على أن الطلاق هو من حق الزوج وحده ، وليس من حق الزوجة ، ولا من حق القاضى ، ولا من حق غيرها .

ومن هذه النصوص قول الله تعالى : « لاجتاح عليكم ان تطلقتم النساء (١٧) يوما روى عن الرسول ﷺ انه قال : « انما الطلاق لمن اخذ بالسباق (١٨) . — أى الزوج — الى غير ذلك من النصوص المتعددة التى تدل دلالة واضحة على أن الطلاق بيد الزوج وحده ، وليس بيد غيره أيا كان ذلك الغير . وذلك لاعتبارين هامين هما :

الاعتبار الاول :

هو أن المرأة بحكم وظيفتها فى الحياة قد خلقت على طبائع وغرائز تجعلها أشد تأثرا وأسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجل ، فانها اذا ما غضبت لا تبالى فى ثورة غضبها بالآثار التى قد تنجم عنها ، ولو جعل الطلاق بيدها لحكمت عاطفتها ولأسرعت الى قطع رابطة الزوجية لآتته الأسباب وأقل المنازعات التى قد لا تخلو منها أسرة واحدة ، وبذلك تصبغ الأسر عرضة للضياع مع أدنى نزوة عابدة ، وأوهى انفعال طارىء ، وان

(١٦) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار — للابام الشوكانى (ت ١٢٥) ج ٦ ص ٢٤٧ .

(١٧) سورة البقرة آية ٢٣٦ .

(١٨) نيل الأوطار — لمحمد بن على الشوكانى — ج ٦ ص ٢٣٨ .

كما مع ذلك لا ننكر أن من الرجال من هو أشد تأثراً وأسرع انفعالا من النساء ، وأن من هن ذوات عقل وقدرة على ضبط النفس وكبح جماحها عند الغضب ، إلا أن هذا ليس هو الشأن ، وليس هو الكثير ، والتشريع إنما يبنى على الغالب والأعم (١٩) .

الاعتبار الثاني :

هو أن الطلاق تترتب عليه تبعات مالية يلزم بها الأزواج كمؤجل الصداق ، ونفقة العدة والمتعة ، ويضيع على الزوج ما دفعه من مهر ، وما قدمه من مال في سبيل اتمام الزواج ، ويحتاج الى بذل مال جديد لاتباع زوجية ثانية ، ولا شك أن كل هذه التكاليف تدعوه الى الحرص على بقاء الزوجية ، ولا يتقدم على الطلاق إلا اذا رأى أنه أمو لا بد منه .

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمرأة ، حيث لا يصيبها من تبعات الطلاق المالية شيء يحملها على التروى والتفكير فيه قبل إيقاعه ، ومن الخير للعلاقة الزوجية أن تكون في يد من هو أحرص عليها ، يضاف الى ذلك أن المرأة حينما تعقد مع الزوج عقد الزواج وفقا للشرعة الإسلامية ، فانها تقبل بذلك أن يتولى وحده شئون الطلاق في الحدود التي قررتها هذه الشرعة . فحينما يمارس الزوج الطلاق وحده فانها يمارسه بناء على رضا الزوجة الذي يتضمنه عقد الزواج (٢٠) .

(١٩) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد محي الدين عبد الحميد ص ٢٥٠ وما بعدها .

— والأحوال الشخصية للأسرة الإسلامية — للدكتور زكي الدين شعبان ص .

— والأحوال الشخصية ، للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة . ص ٣٣٥ وما بعدها .

— ونظام الأسرة في الشريعة الإسلامية للدكتور . محمد محجوب ص ٣٤١ وما بعدها .

(٢٠) الأحكام الشرعية للأسرة الإسلامية — للدكتور زكي الدين شعبان ص ٣٧٤ .

— ونظام الأسرة في الشريعة الإسلامية — للدكتور محمد المحجوب ص ٣٤١ ، وما بعدها .

المطالبة بجعل الطلاق بيد القاضى :

ومع ذلك فاننا نجد دعوات بان يكون الطلاق برمته بيد القاضى ، ولا يملك الرجل أن يستأثر بهذا الحق ، ولا يكون للزوجين أن يتراضيا على الطلاق فيما بينهما ، بل لابد من رفع الأمر الى القضاء ، فاذا ما اقتنعت المحكمة بوجاهة الأسباب التى تدعو الى الطلاق أوقعه القاضى مثلما تجرى عليه القوانين الفرنسية ، وبذلك نسوى بين الرجل والمرأة فى الطلاق ، ونضمن استقرار الأسرة وعدم اساءة الرجل استعمال هذا الحق ، لأن القاضى ناظر غير متحيز فهو ينظر فيما يقدم له من أسباب ، فان كانت تصلح سببا للفرقة حكم بها ، وان كانت غير ذلك لا يحكم بالتفريق ، لأن التقدر الذى ينشئ حقوقا لازمة لا تبطله الإرادة المنفردة ، ولأنه لو جعل الطلاق بيد أحدهما لا نقصم العقد بثورة غضب عارضة ، فاذا ما جاء الندم كان فى غير وقته (٢١) .

راينا فى جعل الطلاق بيد القاضى :

ونحن نعتقد أن الذين يطالبون بجعل الطلاق بيد القاضى فى جميع الحالات هم مخطئون ، وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : أن النصوص الشرعية الثابتة التى لا تقبل التأويل والتى تقدم ذكر بعضها ، قد بينت أن اعطاء الزوج حق الطلاق بحيث لا يملك أحد ايقاعه سواء الا بتوكيل منه ، أو بتفويض ، هو وضع الهى وتشريع سماوى ، ولا يجوز للقاضى أن يتدخل فى التفريق بين الزوجين الا اذا فاتت الامم ذلك بالمعروف ، وامتنع الزوج عن التسريح باحسان ، فحينئذ يقوم القاضى بالتفريق بينهما دفعا للظلم عن الزوجة ، فمسلب الأزواج الحق فى جميع الحالات أمر مخالف لشرع الله سبحانه ، وهو غير جائز شرعا .

(٢١) التكامل الاجتماعى فى الاسلام — للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة

ص ٩٢ .

— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية . للدكتور محمد محجوب .

ص ٣٤٤ .

ثانياً : ان المطالبة بجعل الطلاق بيد القاضى هو فى حقيقة الأمر حكم على الرجال جميعاً بأنهم سفهاء ، لافرق فى ذلك بين مثقف وجاهل ، او بين سفیه وعاتل ، فجميع الرجال فى نظر هؤلاء لا يحسنون التصرف ، ولا يوثق بهم فى شئ عظيم من شئون حياتهم ، ومن ثم يجب الحجر عليهم جميعاً فى الطلاق حفظاً على رابطة الزوجية من العبث وسوء التصرف الذى أصبح من سمة الرجال ، وهذا عبث يجب ان تنزه عنه أعمال العقلاء .

ثالثاً : أن سبب عدم صلاحية الحياة الزوجية للبقاء والاستمرار قد يكون نفوراً طبيعياً ، وعدم توافق فى الأخلاق والضياع ، وهى أمور نفسية يتعذر اثباتها ، فاذا ما جعل الطلاق بيد القاضى ولجأ اليه الزوج يطلب طلاق زوجته لأنه ييفضها ، وأن حبل الوثام قد انقطع بينه وبينها وقد حاول الإصلاح فلم يستطع ، فما وسيلة الزوج حينئذ لاثبات بفضه ، وهل يطلق القاضى فى هذه الحالة أم لا ، واذا طلق ، فما الفرق بين طلاق القاضى وطلاق الزوج نفسه ، واذا امتنع القاضى عن الطلاق ، فما شكل الحياة التى يتعامل على أساءها الزوجان حينئذ ؟ (٢٢) .

واذا ما كان سبب فساد العلاقة الزوجية هو سوء سلوك الزوجة ، أو وجود عيب خلقى فيها ، من الأمور التى نهت الشريعة عن أظهارها وأوجبت التستر عليها ، هل يخرج الزوج كرامة نفسه ويطلع القاضى على ما يراه سراديفينا فى قلبه . وهل من المصلحة العائلية نشر ذلك وتدوينه فى سجلات القضاء اصحیح أن الشريعة أجازت لأحد الزوجين أن يبيث شكواه الى القاضى فى حالات سوف تأتى ، الا أنها حالات استثنائية ، وليست هى الأصل العام فى تشريع الطلاق .

ولا يرد هذا المحذور الذى قررناه من قبل فى حصر الطلاق أمام القاضى بالنظرة الخاصة للمرأة المطلقة أمام المجتمع لأن الاسلام أباح للزوج ان

(٢٢) الأحوال الشخصية للأسرة الاسلامية — للدكتور زكى الدين شعبان . ص .

— الأحوال الشخصية ، للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة . ص ٣٣٦ . وما بعدها .

— والأحكام الأساسية للأسرة الاسلامية فى الفقه والقانون . ص ١٥٠ . وما بعدها .

يطلق ، كما إباحته أيضا للزوجة أن اشترطت هي ذلك أثناء عقد الزواج ان تطلقت ، ولهذا فلن يستطيع أحد أن يعرف عن سر المطلقة شيئا ، وهل كان طلاقهما بإرادة الزوج وحده ، أم كان ذلك بإرادتها هي ، أم أن القاضي هو الذى حكم بالتفريق بينهما (٢٣) .

ومن هذا العرض الموجز لنظام الطلاق وحكمته يتضح لنا أن فرق النزواج فى الآلام على أربعة أنواع :

الأول : الطلاق بالإرادة المنفردة ، سواء تم بإرادة الزوج وحده ، أم بإرادة الزوجة إذا فوض إليها الزوج ذلك ، أو اشترطت هي وقت العقد أن طلاقها موكولا إليها .

الثانى : الطلاق باتفاق الزوجين . وغالبا ما ترد المرأة فيه ما أخذته من المهر كله أو بعضه الى الزوج مقابل طلاقها .

الثالث : الطلاق بحكم الشرع والقانون ، كما لو ظهر رضاع بين الزوجين ، أو ارتد أحد الزوجين عن الاسلام .

الرابع : الطلاق بحكم القضاء (٢٤) . وهو ما سيكون موضوع حديثنا الآن .

(٢٣) نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى الاسلام — للدكتور . عبد الرحمن الصابونى ص ١٦٥ وما بعدها .

— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية — للدكتور محمد المحجوب ص ٣٣٠ وما بعدها .

(٢٤) نظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية — للدكتور محمد المحجوب ص ٣٣٢ .

المبحث الثاني

التفريق بين الزوجين للميوب والأمراض

إذا كانت الحياة الزوجية هي قوامها الألفة والمودة بين الزوجين ، فإنه لابد من توافر أسباب السعادة بينهما ، وإذا كانت هناك أمور تحول دون ذلك كمرض يصيب أحد الزوجين ، أو عيب يهزم حياتهما الجنسية الكاملة ، فلا ينبغي أن يبقى السليم بجانب المريض بشاطرة الآمة وآتغابه ، بل للتسليم حينئذ أن يطلب التفريق من القاضي .

وإذا كانت النظرة المثالية تقضى بعدم التفريق بين الزوجين حينئذ ، إلا أن الإسلام لم يفترض الناس ملائكة يمشون في الأرض ، بل افترضهم بشرا تسوقهم الفرائز ، وتتنازعهم الأهواء ، يوحى بعضهم الى بعض زخرف القول غرورا ، ولهذا فلم يلزم الإسلام شخصاً بالغيش مع شخص آخر ينفر من معاشرته ، ويخشى الفتنة معه من جراء هذا الإلزام الذي لا مبرر له غالبا ، بل أباح لمن لا يود الإبقاء على الحياة الزوجية حينئذ أن يطلب التفريق من القاضي .

موقف الفقهاء من التفريق بسبب العيب :

يذهب جمهور الفقهاء الى أن لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق لمرض أو عيب يجده في صاحبه ، مع اختلاف فيما بينهم في تعداد هذه الأمراض (١) .

كما أجاز ابن القيم طلب التفريق من كل عيب مسحتكم سواء أكان بالرجل أم كان بالمرأة ، لأن العقد قد عقد على أساس السلامة ولم توجد ، ولم يقتصر على عدد من العيوب لم يعينا بأسمائها ، بل عرفها بأوصافها من غير عدو احصاء ، وقد قال في هذا الصدد :

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ، للعلامة الصنعاني (ت ١١٨٢) .
ج ٣ ص ١٨٢ . طبع مطبع صبيح .

— وكشاف القناع — لمصوريين يونس بن ادريس البهوتي —
ج ٥ ص ٨٢ .

وأما الإقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية ، دون ما هو
أبدنى منها أو مألوفها ، فلا وجه له ، فالعمى والخرسى والطرش ، وكونها
مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كون الرجل كذلك . من أعظم
المنفرات ، والسكوت عنها من أقبح التدليس والغش ، بل هو مناف للدين
والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهي كالمشروط عرفا ، وقد قال أمير
المؤمنين عمر بن الخطاب لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم
وخيرها ، فماذا يقول رضى الله عنه في العيوب التى هذا عنده كمال لا نقص ،
والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود النكاح
من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشرط
المشروط فى النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ، ما ألزم الله ورسوله
مفرورا قط ، ولا مغبونا بماغر وغبر به (٢) .

والاثوبسة الثلاثة : مالك والشافعى وأحمد . قد أجازوا التفريق لعيوب
الجنون والجذام والبرص (٣) . والعيوب المانعة من التناسل ، سواء اكانت
بالرجل أم كانت بالمرأة ، فكل عيب من هذه العيوب بايها كانت تجيز للآخر
طلب التفريق (٤) .

وقد عدد الشافعى وأحمد — رحمهما الله — العيوب التى يجوز للمرأة
أن تطلب فسخ الزواج بكل واحد منها بخمسة عيوب . وهى : الجب (٥) ،

(٢) زاد المعاد فى هدى خير العباد — لابن القيم — ج ٤ ص ٤٣ .
نطبعة السنة المحمدية . بتعليق محمد حامد الفقى .

(٣) الجنون : ذهاب العقل .

— والجذام : مرض يتقطع ويتساقط اللحم به .

— والبرص : بياض فى ظاهر الجسم لعله وهو غير البهاق ، وهو
مرض يظهر لون الجلد ، فيظهر فيه بقع بيض .

(٤) تحفة المحتاج بشرح المنهاج — للعلامة ابن حجر الهيئى (توفى
سنة ٩٧٤ هـ) ج ٧ ص ٢٤٦ .

— وكشاف القناع ، لمصنوع بن يونس البهوتى . ج ٥ ص ٨٢ .

— والمغنى والشرح الكبير ، لعبد الله بن أحمد بن قدامة . (ت ٦٨١)

ج ٧ ص ٥٨٠ .

(٥) الجب : هو استئصال عنصر الذكورة . أما الخصاء : فهو بسل
الخصيتين ونزعها .

— والفتة : هو ارتخاء العضو وعدم القدرة على الاتصال الجنسى ،

فتح القدير ج ٣ ص ٥٨٥ .

والعنة ، والجنون — سواء أطبق أم تقطع ، وسواء أقبل أم لم يقبله ،
والخبل ضرب من الجنون — والجذام ، والبرص . فلو وجدت المرأة بزوجها
عييا من هذه العيوم كان لها أن ترفع الأمر الى القضاء طالبع فسخ الزواج (٦) .

أما أن رضيت المرأة بعيب من هذه العيوب ، فإن كان العيب هو الجب
أو العنة ، فليس لأحد حق في أن يجبرها على فراقه ، وإن كان العيب
واحدا من الثلاثة الأخرى كان لوليها العاصب أن يطلب فسخ زواجها إذا
كان أحد هذه العيوب مقارنا لعقد الزواج ، فإن طرأ بعد العقد لم يكن
لوليها أن يطلب فسخ الزواج . ونصوص مذهبهم صريحة في أنه لا خيار
للزوجة بعيب سوى هذه العيوب الخمسة المذكورة ، ولا ترق عندهم بين أن
يكون العيب موجودا بالرجل قبل العقد أو أن يحصل له بعد العقد .

ويشترط عند الشافعى في الفسخ بسبب العيب شرطان :

الأول : الفور (٧) ، وذلك بأن تطلب الزوجة الى القاضى فسخ الزواج
من فور حصول العيب ، أو من فور علمها به ، أو من فور ثبوته .

الثانى : أن يكون الفسخ على يد القاضى ، فلا يصح أن تستبد هى
وحدها — ولا مع الزوج — بالفسخ (٨) .

وذهب مالك — رضى الله عنه — الى مثل ما ذهب اليه الشافعى وأحمد
في تحديد العيوب ، غير انه يرى أن الفرقة تكون طلاقا بائنا لا فسخا ،

(٦) المغنى والشرح الكبير ، لابن قدامة — ج ٧ ص ٥٨٠ ، وما بعدها .
(٧) بخلاف الحنابلة ، فإن خيار العيب يثبت عندهم على التراضى
ما لم يوجد ما يدل على الرضى من القبول والامتناع من الزوج . المغنى والشرح
الكبير ، ج ٧ ص ٥٨٤ .

(٨) تحفة المحتاج بشرح المنهاج — للعلامة ابن حجر الهيئى
(ت ٩٧٤) ج ٢ ص ٦٧ .

— ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، للعلامة شمس الدين الرملى
(ت ١٠٠٤) ج ٥ ص ٢٣٥ .

— والمهذب لأبى سحف الثرازى (ت ٤٧٦) ج ٢ ص ٥٠ .

— والمغنى على الشرح الكبير — ج ٧ ص ٥٨٤ .

وحجة مالك : أن كل ما يكون من الرجل أو بسبب منه يكون طلاقاً ، وإن التخلّص من مضار هذا العيب لا يكون إلا بائناً (٩) .

بينما يرى فقهاء المذهب الحنفى أنه لاحق للزوج في طلب فسخ الزواج إذا وجد زوجته مصيبة بعيب تناسلى أو غير تناسلى اكتفاء بما يمكنه من الزوج من حق الطلاق .

فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف — رحمهما الله — إلى أن العيوب التى تجيز التفريق هى تلك العيوب المستحكمة التى تمنع التناسل بين الرجل والمرأة ، وذلك أن يكون الرجل عنيماً أو خصيماً أو مجبواً ، وإنما اقتصر الشيخان على هذه العيوب دون غيرها ، لأن الغاية من الزواج هى حفظ النسل ، فإذا لم يكن الرجل صالحاً لذلك فقد أصبح تنفيذ حكم الزواج مستحيلاً ، فلا جدوى من بقاءه ، ولأن البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا تقبل الزوال ، ولا طريق للتخلص منه إلا بالتفريق ، فإن لم يطلق قام القاضى مقامه فى الطلاق ، والآن الصحابة رضوان الله عليهم قد اجمعوا على جوازه ، ولا إجماع يكون منهم فى أمر إلا كان له مستند من الشرع الشريف (١٠) .

وذهب محمد بن الحسن الثيبانى إلى أن العيوب الثلاثة التى ذكرها الشيخان تعطى المرأة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها ، إلا أنه زاد عليها جواز التفريق للجذام بالزوج والبرص والجنون ، وعلل ذلك كله بأن كل منها يتعذر على الزوجة أن تصل إلى حقها المعنى فى الزواج ، فوجب أن نعطىها الخيار دفعا للضرر ، لأنه لا طريق لها إلى الخلاص من الزوج إلا بذلك (١١) .

وكان الأساس الذى بنى عليه للشيخان الاقتصار على العيوب التناسلية أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ، ولكن لما كان العيب التناسلى فى الرجل يخل بالمقصود من عقد الزواج كان العقد غير صالح للبقاء . فيطلق مختاراً أو غير مختار ، وغير هذه العيوب يتحقق معها المقصود من الزواج فى الجملة

(٩) الفقه على المذاهب الأربعة : للحزيرى ج ٤ ص ١٨١ .

(١٠) فتح القدير — لابن الهمام الحنفى (ت ٨٦١) ج ٣ ص ٢٦٨ .

— والفقه على المذاهب الأربعة للحزيرى . ج ٤ ص ١٨١ .

(١١) فتح القدير — لابن الهمام — ج ٣ ص ٢٦٨ .

تلا يصح التفريق الا ممن يملكه بالأصالة وهو الزوج ، ويشترط للتفريق في العنة والجب والخصاء ثلاثة شروط :

الأول : الا تكون عائلة بذلك العيب عند العقد ، فان علمت به عند العقد ورضيت به فليس لها الحق في طلب التفريق بسببه (١٢) .

الثاني : أن تطلب التفريق من القاضي ، ويثبت لديه تلك الأحوال المانعة .

الثالث : أن يحكم القاضي بالتفريق ، فلا تتم الفرقة الا بحكم القاضي بالطلاق ، وقبلها لا يقع (١٣) .

موقف التشريعات العربية :

وكما اختلف الفقهاء في التفريق بالعيب هكذا ، اختلفت فيه كذلك تشريعات الدول العربية . فذهبت اكثرها الى اعطاء هذا الحق للزوجة فقط (١٤) ، وقليل منها أعطى هذا الحق لكل من الزوجين على حد سواء (١٥) .

القانون في مصر :

وكان العمل في محاكم الأحوال الشخصية في مصر بمذهب أبى حنيفة وأبى يوسف بالنسبة لعيوب التناسل المذكورة الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذي جاء بعيوب أخرى عرفها بأوصافها ولم يعينها بأسمائها .

(١٢) فتح القدير ، شرح الهداية — ج ٣ ص ٢٦٩ وما بعدها .

— والفقهاء على المذاهب الأربعة . ج ٤ ص ١٨٥ وما بعدها .

(١٣) الفقه على المذاهب الأربعة تأليف عبد الرحمن الجزيري ج ٤

ص ١٨٥ .

(١٤) من هذه القوانين : القانون السوري — في المادة ١٠ — ١٠٧ .

والقانون الأردني والقانون اللبناني . . موسوعة الأحوال الشخصية .

لمعوض عبد التواب . ص ١٠٩٠ .

(١٥) ولقد أعطى القانون المغربي الحق لكل من الزوجين الحق في

طلب التفريق في الفصل ٥٤ . موسوعة الأحوال الشخصية للاستاذ معوض

عبد التواب — ص ١٠٩١ .

فقد نصت المادة التاسعة من القانون المذكور على ما يلي :

للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكن المقام معه الا بضرر كالجنون والبرص ، سواء اكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أو حدث بعد العقد ولم ترضى به ، فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد عليها فلا يجوز التفريق .

ونصت المادة العاشرة من نفس القانون على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن :

كما نصت المادة الحادية عشرة من هذا القانون على أنه : ستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها .

الشروط التي اشترطها القانون المذكور :

ويظهر من نصوص هذه المواد أن القانون أجاز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا ثبت أن به عيبا يحول دون معاشرته لها ، وقد اشترط القانون في العيب الذي يثبت لأجله التفريق بين الزوجين وفي جواز طلب الزوجة ثلاثة شروط (١٦) :

الشرط الأول :

أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه ولكن بعد زمن طويل ، فان كان المرض قريب الزوال فانه لا يجوز أن تطلب التفريق

(١٦) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية لحى الدين عبد الحميد ص ٣١٣ وما بعدها .

— والأحوال الشخصية للمسلمين . للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤١٥ . وما بعدها .

— ونظام الأسرة في الشريعة الاسلامية للدكتور محمد المحجوب ص ٢٢٠ وما بعدها .

— ومذكراتنا — الأحوال الشخصية للمسلمين مجموعة محاضرات لطالبة الكلية . ص ٢١٥ وما بعدها .

(م ٢٥ — مجلة الشريعة)

لهذا المرض ، ومثل العيب الذى تتضرر بالمقام معه كل عيب يماثل العيوب المذكورة فى الضرر .

الشرط الثانى :

الا يمكن المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، والضرر هنا عام يشمل ضررها وضرر نسلها ، وظاهر انه يجب ان يكون الضرر شديدا لا يمكن احتماله أو يبقى أثرا فى ذريتها ، ويستعان فى تحقيق هذا الشرط وسابقة بمعرفة أهل الخبرة من الأطباء ، لأنهم هم الذين يستطيعون بيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناشئ عن الإقامة مع الزوج المريض به مع وجود هذا المرض .

الشرط الثالث :

الا تعلم الزوجة بالعيب عند العقد ، فان كان العيب قائما وقت العقد وعلمت به ، فليس لها ان تطلب التفريق ، وكذلك اذا حدث العيب بعد العقد ولكنها رضيت صراحة أو دلالة بعد علمها به .
فاذا تحققت الشروط المذكورة كان للزوجة الحق فى أن ترفع الأمر الى القاضى فان ثبت ذلك عنده فرق بينها وبين زوجها .

قانون الإمارات المتحدة :

ومن تلك القوانين التى أعظمت التفريق بالعيوب لكل من الزوجين مشروع قانون الإمارات المتحدة حيث نصت المادة ١٣٤ منه على ما لى :
لكل من الزوجين أن يطلب التفريق اذا وجد بالآخر عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكن المقام معه الا بضرر ، كالجنون والجذام والبرص ، سواء أكان ذلك العيب قائما قبل العقد ولم يعلم به الطالب ، أم حدث بعد العقد ولم يرضى به .

فان تم الزواج وهو عالم بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضى به صراحة أو دلالة بعد العلم فلا يجوز أن يطلب التفريق (١٧) .

(١٧) نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى الشريعة الاسلامية . للدكتور عبد الرحمن الصابونى ص ١٥٠ .
— وموسوعة الأحوال الشخصية . للاستاذ معوض عبد التسواب . ص ٨٧٥ .

المبحث الثالث

التفريق بين الزوجين بسبب عدم الانفاق

من المعلوم المقرر أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، الا أنه قد تعترض حياة الزوج ظروف قاهرة تحول بينه وبين مقدرة على الانفاق على زوجته ، وكريمة الخلق ، هي من تقف الى جوار زوجها في ضيق حاله وفقره ، فالفقر في شريعة الاسلام ليس عيبا ، بل العيب أن يتخلى المرء عن صاحبه في وقت هو أحوج ما يكون فيه الأخ والرفيق فضلا عن الزوجة وشريكة العمر .

الا أن التشريع الاسلامي هو تشريع واقعي . شرع لمعالجة جميع طوائف البشر على تباين أخلاقهم وصفاتهم ، فليس كل زوجة تقبل أن تتحمل ضراء زوجها أو فقره ، وقد عالجت الشريعة الوضع في الحالين . فكفلت للوفية الأجر والثواب ، وأعطت لمن لا تصبر الحق في طلب التفريق من القاضي .

موقف الفقهاء من التفريق لعدم الانفاق :

وعلى أساس ما تقدمنا ذهب الأئمة الثلاثة — مالك والشافعي وأحمد — إلى جواز إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق لاعتسار زوجها أو لامتناعه عن الانفاق مع القدرة عليه (١) .

وقد استدلل الأئمة الثلاثة لأذهبيهم بالكتاب والسنة :

١ — أما الكتاب فقوله تعالى : ولا تمسكوهن ضاررا لتعتدوا (٢) . وقوله سبحانه : « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » (٣) . فقد نهى

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج — لشمس الدين الرملي — ج ٦ ص ٦٦٢ .

— المذهب — لأبي اسحاق الشيرازي (ت ٤٧٦) ج ٢ ص ١٧٥ .
— ولانصاف في الراجح من الخلاف لأبي الحسن المرداوي الحنبلي (ت ٨٧٥) ج ٩ ص ٢٩٠ .

— ومواهب الجليل على خليل — ج ٤ ص ٢٩٠ .

(٢) سورة البقرة آية : ٢٣١ .

(٣) سورة البقرة آية : ٢٣٩ .

الآية الأولى عن امساك الزوجة على وجه الاضرار بها ، وفي امساكها مع الامتناع عن الانفاق عليها اضرار بها واعتداء عليها ، وعلى القاضى دفع العدوان بالتفريق بينهما عند طلبها ذلك ، كما دلت الآية الثانية على أن الله تعالى أمر الزوج بامساك الزوجة بالمعروف أو مفارقتها بالاحسان ، والامساك بالمعروف لا يتحقق مع الامتناع عن الانفاق عليها . فتعين التسريح باحسان ، فإن لم يفعل طلق عليه القاضى وفرق بينه وبين زوجته (٤) .

٢ — وأما استدلالهم بالسنة : فهو قول رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار (٥) » . ووجه الدلالة فى الحديث : أن الامساك مع عدم الانفاق مضارة ، وعلى القاضى أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التى أصبحت ضررا لا مصلحة فيها .

٣ — ثم ان من المقرر أن يفرق القاضى بين الرجل وزوجته عند ثبوت عيب من العيوب التى تمنع القربان والمباشرة ، وهى الجب والخصاء والعنة ، وذلك للضرر الذى يترتب على بقائها مع هذه الحال ، والضرر المترتب على العجز عن الانفاق من باب أولى .

ولكن يرد على هذه الأدلة : بأن الآية والحديث انما تنطبق على الممتنع اذا لم يكن هناك طريق لمنع الظلم الا التفريق ، الا أنه توجد طرق أخرى

(٤) الجامع لأحكام القرآن — للإمام القرطبى (ت ٧٧٤) ج ٣ ص ١٥٥ .
 (٥) رواه أحمد وأبو ماجه عن ابن عباس ، وابن ماجه أيضا عن عبادة ابن الصامت ، ورواه الحاكم والدراقطنى عن أبى سعيد وحسنه النووى فى الأربعين والآذكار ، قال : رواه مالك مرسلا من طرق يتقوى بعضها بعضا . وقال الهيثمى : رجاله ثقات . وقال العلانى : له شواهد ينتهى مجموعها الى درجة الصحة أو الحسن المحتج به ، وقال الشيخ أحمد شاكر فى تخريج الحديث ٢٨٦٧ من المسند : اسناده ضعيف ، ومعناه صحيح ثابت باسناد صحيح عند ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت .
 والفرق بين الضرر والضرار : أن الضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه ، والأول الحاق مفسدة بالغير مطلقا . والثانى الجاقها به على وجه المقابلة — انظر : جامع العلوم والحكم لابن رجب ، والمبين لنههم الأربعين للتقارىء ص ١٨٠ — ١٨٥ وفيض التقدير للمناوى ج ٦ : ص ٤٣١ — ٤٣٢ .

يمكن دفع الظلم بها ، وهى الحبس مثلا يلجأ القاضى الى الطلاق وعنده طريق
سواه فتعين اللجوء اليه . وأما قياس الاعسار على التعيب ، فهو أمر غير
لازم فلا يصح قياس الاعسار عليه (٦) .

رأى فقهاء المذهب الحنفى :

الا أن متفهاء المذهب الحنفى لا يقولون بجواز التفريق لعدم الاتفاق ،
سواء أكان السبب هو مجرد لامتناع ، أم كان السبب هو الاعسار والعجز .

وقد استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

١ — قال تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه
فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاهها (٧) » . فقد دلت الآية
الكريمة على أن الزوج لا يكلف بالانفاق على زوجته في حالة فقره ، وإذا
كان غير مكلف حينئذ فلا يعتبر آتاه بالامتناع عن ادائه فلا يصلح أن يكون
سببا في التفريق بينه وبين زوجته ولكن يرد على هذا الدليل ، بأنه لا يلزم
عدم جواز التفريق بين الزوج وزوجته اذا طلبت ذلك لاعساره عن الانفاق
عليها ، لأن التفريق لدفع الضرر عن الزوجة وتخلصها من سلطانه حتى
يمكنها أن تتكسب أو تتزوج رجلا غيره ينفق عليها (٨) .

٢ — وقال سبحانه : « وأن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (٩) .
فقد دلت الآية على أمر صاحب الدين أم ينظر المدين المعسر الى الميسرة
والنفقة لا تغدوا أن تكون دينا للزوجة ، فتكون مأمورة هى الأخرى بانتظار
الزوج الى الميسرة بهذا النص ، ولا يكون لها الحق في طلب التفريق بسبب
امتناعه عن الفقه . ولكن يرد على ذلك ، بأن المذهب الحنفى لا يجيز طلب
التفريق لعدم الاتفاق ، سواء كان لعجز الزوج واعساره ، أم كان لامتناع

(٦) الأحوال الشخصية للمسلمين — لمحى الدين عبد الحميد ص ٣٠٧ .

(٧) سورة الطلاق آية : ٧ .

(٨) الأحوال الشخصية للمسلمين — للششيخ محمد أبو زهرة

ص ٤٠٩ ، ٤١٠ .

— ونظام الأسرة في الشريعة الإسلامية — للدكتور محمد المحجوب

ص ٣١٦ ، ٣١٧ .

(٩) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

تزوج مع القدرة على الاتفاق . والآية لا تنطبق الا في حالة العجز والاعسار
نقط . وهذا تصور في الدليل فلا يفيد (١٠) .

٣ — أن عدم الاتفاق على الزوجة ان كان بسبب الفقر والعجز
وفالزوج معذور ويجب انتظار ميسرته وتفرض عليه النفقة ، وتستدين الزوجة
عليه ممن تجب نفقتها عليه لو لم تكن تبرء وجه ليرجع بهذا الدين على الزوج
إذا أيسر ، وإذا كان عدم الاتفاق بسبب التعتن . أجبره القاضي على الاتفاق
وحبسه حتى يؤدي نفقتها ، وبذلك لا يتمين الطلاق طريقا للعلاج (١١) .

موقف القوانين العربية من التفريق للاعسار :

لقد أخذت معظم التشريعات العربية بالتفريق للاعسار بين الزوج
وزوجته ، مع خلاف يسير فيما بينها في تفريع قواعد هذا التفريق (١٢) .

القانون في مصر :

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية في مصر رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .
برأى جمهور الفقهاء ، وبينت مواده والمنشورات التي لحقت به أحكام
التطبيق لعدم الاتفاق : فنصت المادة الرابعة من القانون المذكور على ما يلي :

إذا امتنع الزوج عن الاتفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ
الحكم عليه بالنفقة في ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو
موسر ولكنه أصر على عدم الاتفاق طلق عليه القاضي كذلك « (١٣) .

كما نصت المادة الخامسة من هذا القانون على انه :

« إذا كان الزوج غائبا غيبة قربية . فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم
عليه بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضي بالظروف

-
- (١٠) نظام الأسرة الشريعة الاسلامية للدكتور محمد المحجوب ص ٣١٧ .
(١١) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للمرحوم الشيخ /
محمد محي الدين عبد الحميد ص ٣١٠ ، ٣١١ .
(١٢) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقا لأحداث التعديلات ص ٥
طبع بالهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .
(١٣) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقا لأحداث التعديلات ص ٦ .

المعروفة وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يخصر للانفاق عليها طلقت عليه القاضى بعد مضى مدة الاجل ، فإن كان بعد الغيبة لا يسهل الوصول اليه ، أو كان مجهول المحل وثبت انه لامال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضى فى الحال ، وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة » .

كما نصت المادة السادسة من نفس هذا القانون على ان :

« تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا ، وللزوج أن يراجع زوجته اذ ثبت يساره واستعد للانفاق فى زمن العدة ، فإن لم يثبت يساره ولم يسعد للانفاق لم تصح الرجعة » (١٤) .

ويتضح لنا من المواد سالفة الذكر ، وأيضا من المنشورات الملحقة به أحكام التطليق للاعسار على الوجه التالى :

١ — اذا كان للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ منه بنفقة زوجته وامتنع الزوج عن الانفاق عليها ، فلها أن تطلب من القاضى أن يفرض عليها النفقة فى ماله ويأمره بأدائها اليها ، فإن أداها اليها كان بها ، وان لم يؤدها نفذت عليه جبرا ، وليس لها أن تطلب الطلاق منه حينئذ ، لأن غرضها يتحقق لها بالتنفيذ فيما ظهر من ماله (١٥) .

٢ — واذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، وادعى انه موسر ، ولكنه أصر على عدم الانفاق ، وطلبت زوجته من القاضى أن يطلقها منه ، وأصرت على ذلك ، طلقها القاضى منه فى الحال (١٦) .

٣ — واذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، ولم يدع يسارا ولا اعسارا ،

(١٤) الأحوال الشخصية طبقا لأحدث التعديلات ص ٦ .

(١٥) وهذا الحكم يوافق ما ذهب اليه علماء المذاهب الاسلامية قاطبة .

(١٦) وهذا الحكم لا يوافق مذاهب الحنفية أصلا ، ولا يوافق مذهب

الشافعية كذلك ، لأن التثريق بسبب الاعسار فى مذهبهم فسخ ، ولأن الراجع من مذهبهم أنه لا فسخ مع يسار الزوج ولو امتنع عن الانفاق .

وأصر مع ذلك على عدم الإنفاق ، وطلبت زوجته من القاضي أن يطلقها ،
وأصرت على ذلك طلقها القاضي عليه في الحال (١٧) .

٤ — إذا لم يكن للزوج مال حاضر ، وادعى انه معسر عاجز عن الإنفاق
على زوجته ، ولم يثبت هذه الدعوى ، وطلبت زوجته من القاضي أن يطلقها
منه ، وأصرت على ذلك طلقها القاضي في الحال (١٨) .

٥ — إذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، وادعى انه معسر عاجز عن الإنفاق
وأنبت ذلك ، فإن القاضي يمهله مدة لا تزيد على شهر ، فإن أنفق في هذه المدة لم
يطلق عليه ، وإن لم ينفق عليها في أثناء هذه المدة طلقها القاضي منه (١٩) .

القانون السوري :

وأحكام الطلاق في القانون السوري كأحكامه في القانون المصري رقم ٢٥
لسنة ١٩٢٩ ، الا فيما استحدثه من أحكام التعويض عن التمسك في الطلاق .

فقد جاء في المادة رقم ١١٠ من القانون السوري ما نصه :

فقرة ١ — « يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن
الإنفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة » .

فقرة ٢ — « ان ثبت عجزه أو كان غائبا أمهله القاضي مدة مناسبة
لا تتجاوز ثلاثة أشهر ، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما » .

وجاء في المادة ١١١ منه ما يلي :

(١٧) وهذا الحكم أيضا لا يوافق ما ذهب اليه الحنفية كما هو واضح ،
كما أنه لا يوافق ما ذهب اليه الشافعية أيضا ، لأن تفريق القاضي بين الزوجين
عندهم فسخ . ولأنه لا فسخ عندهم باعسار من جهل حاله يسارا أو أعسارا .

(١٨) وهذا الحكم مثل الحكم السابق فيما ذكرنا بالنسبة التي علماء
المذاهب .

(١٩) هذا الحكم يوافق ما ذهب اليه المالكية ، كما يوافق مذهب
الشافعية أيضا الا في اعتبار التفريق بينهما طلاقا . انظر : الأحوال الشخصية
في الشريعة الإسلامية لمحيي الدين عبد الحميد ص ٣١١ .

— والأحكام الأساسية في الشريعة الإسلامية ، للدكتور زكريا البري
ص ١٦٧ ، ١٦٨ .

« تفريق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا » وللزوج أن يراجع زوجته في العدة ، بشرط أن يثبت يساره ويستعد للانفاق « (٢٠) .

ولاحظ على هذا القانون أنه أجاز للزوج أن يراجع زوجته مادامت في العدة إذا ثبت يساره وأنه مستعد أن ينفي النفقة الواجبة عليه شرعا ، لا النفقة التي فرق القاضى بينه وبين زوجته لعدم الحصول عليها ، لأن نفقة التفريق هي نفقة الكفاف ، أى النفقة الضرورية للحياة ، لا النفقة الزوجية المعتادة .

وإذا كانت التشريعات العربية قد أغفلت هذه النقطة الهامة إلا أن مشروع قانون الإمارات العربية قد أوضحها . وذلك حين نص في المادة ١٢ منه على ما يلي :

فقرة ١ — « تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا » .

فقرة ٢ — « وللزوج أن يراجع زوجته في العدة ، إذا ثبت يساره واستعد للانفاق بدفعه النفقة التي كان التطليق بسبب الامتناع عن أدائها ، والا كانت الرجعة غير صحيحة » (٢١) .

(٢٠) الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية — للدكتور زكريا البري . ص ١٦٧ ، ١٦٨ — وموسوعة الأحوال الشخصية ، للاستاذ معوض عبيد التواب . ص ٧٨٥ .

(٢١) نقله الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتابه : نظام الأسرة وحل مشكلاتها في الاسلام ، ص ١٥٤ . عن المنشور الشرعى السودانى رقم ١٧ الصادر سنة ١٩١٥ .

المبحث الرابع

التفريق بين الزوجين للضرر وسوء العشرة

الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار بالغة لا يقتصر أثرها على الزوجين وحدهما ، بل يتعداهما الى ما خلق الله بينهما من نسل وذرية والى كل من تربطه بهما علاقة قرابة أو مصاهرة ، ولذلك فإن من واجب كل واحد من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر . لتهنأ حياتهما ، وتستتب لهما أسباب العشرة بالمعروف .

وإذا ما أساءت المرأة عشرة زوجها فقد أعطته الشريعة حق تأديبها ، وانه وإن كانت الشريعة قد أعطته هذا الحق إلا أن علماءها مجمعون على أنه لا يجوز له أن ضربها ضربا مبرحا ، ولا أن يتحيف حقوقها من قسم ونفقة وحسن معاملة ، فإن خالف وجاء كان ظالما ، ولكن هل يجوز لها أن تطلب التطلاق من القاضي .

موقف الفقهاء في التفريق للضرر وسوء العشرة :

رأى فقهاء الحنفية :

يذهب فقهاء الحنفية الى أن المرأة التي يجوز عليها زوجها في القسم ، أو يؤذيها بنحو الضرب الشديد ، لا تملك المطالبة بالتفريق بينها وبينه ، ولكنها تملك أن تطلب الى القاضي نهيه عما تشكو منه وتعزيره ، وأن على القاضي أن ينهاء أول أمره ، ويأمره بالعدول وحسن العشرة ويعظه ، فإن عاد عزره بما يراه رادعا له ، ولكنه لا يجبره إذا كانت الشكوى من الجور في القسم (١) .

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (ت ٥٨٧) ج ٤

ص ٣٣٤ .

— وفتح القدير ، لابن الهمام الحنفى — ج ٤ ص ٤٥ .

— ورد المختار على الدر المختار — للعلامة محمد أمين ، الشهر بابن

عابدين (ت ١٢٥٢) ج ٢ ص ٦٥٥ .

— والجوهرة ، ج ٣ ص ٣٣ .

رأى فقهاء الشافعية :

وذهب الشافعية الى أن سوء حال الزوجين ، أما أن يكون راجعا الى نشوز المرأة ، وأما أن يكون راجعا الى إيذاء الرجل إياها ، وأما أن يكون راجعا الى إساءة كل منهما للآخر .

فإن كان مرجعه الى نشوز المرأة ، فإن للرجل ولاية تأديبها بمراتبها الثلاث ، وإن كان راجعا الى إساءة الرجل لها وإيذاؤها بضرب أو غيره من غير سبب منها ، رفعت أمرها الى القاضي ، فإذا ثبت ذلك عنده نهاه ولا يعزره أول مرة ، فإن عادت اليه وطلبت تعزيره عزره بما يليق .

أما أن كان مرجعه إساءة كل منهما للآخر ، فإن ادعى الزوج أنها لا تطيقه ولا تقوم له بواجباته ، وادعت الزوجة أنه يؤذيها . وجب على القاضي أولا أن يتعرف حالهما بخبر ثقة يعرف حالهما بجوار أو غيره ، فإذا تبين له أن أحدهما ظالم من ظلمه ولو بتعزيز يليق به ، فإن اشتد الشقاق بينهما وجب عليه أن يبعث حكيم ليصلح شقاق بينهما .

ويجب أن يتوافر في الحكيم أربعة شروط هي : الإسلام ، والحرية ، والعدالة ، والمعرفة بما يقصد منهما ، ويسن أن يكون الحكمان رجلين ، وأن يكون أحدهما من أهل الزوج ، والثاني من أهل الزوجة ، ليكون لكل من الزوجين واحد يعطف عليه ، ويدافع عنه ، ويرعى مصالحه . وهذه حكمة ظاهرة واضحة .

وقد اختلفت أقوالهم فيما يملكه الحكمان ، فقال بعضهم : انهما لا يملكان إلا الصلح بين الزوجين بما يريانه ، وهذا مبنى على أن الحكيم وكيلان ، اللهم إلا أن وكل الزوج حكمه في الطلاق فيملك الطلاق بالتوكيل لا بالتحكيم ، وإن وكلت الزوجة حكمها في بذل مال ملكه بالتوكيل أيضا .

بينما قال البعض الآخر : أن للحكيم أن يغفلا ما يريانه . من الصلح بينهما ، والتفريق بعوض أو بغير عوض . ومبنى هذا القول على أن الحكيم واليان لا وكيلان . ودليل هذا القول : أن الله تعالى سماهما في قوله سبحانه : (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما) (٢) .

وروى أن عليا (٣) بن أبى طالب — رضى الله عنه — أراد أن يبعث رجليين فقال : اثريان ما عليكما ، ان رأيتما أن تجمعما جمعتهما ، وان رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقال الرجل : أما هذا فلا ، فقال على : كذبت ، لا والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لى وعلى (٤) .

رأى فقهاء المذهب المالكي :

وذهب المالكية الى أن الزوج اذا كان يضار زوجته بالضرب ونحوه ، كالإكراه على فعل أمر محرم كان لها أن ترفع أمرها الى القاضى ، وكان لها أن تطلب من القاضى تأديبه وزجره ليكف أذاها عنها ، كما أن لها أن تطلب التطلاق ، فان طلبت من القاضى كتمه عنها وعظه أول الأمر ، فبين له ما يجب على الزوج من حسن معاشرة زوجته ، وما عسى أن يترتب على سوء العشرة من تفريق الشمل وضياع الولد ان كان ، فان أجذت الموعظة فيها ، وان جاءته ثانية تخبره ان لم ينته ضربه ، فان استمر الاشكال بينهما بفك حكيم .

ويجب على الحكيم أن يسفيا أول الأمر فى اصلاح ذات بينهما وتأليف قلوبهما على المودة وحسن المعاشرة ، فان تعذر عليهما ذلك نظرا فمين تجيء الاساءة من جهته الى صاحبه ، فان كانت تأتى من قبل الزوج طلقا الزوجة عليه بغير عوض ، وان كانت الاساءة تأتى من قبل الزوجة كان لها أخذ امرين :

الأول : أن يأتينا الزوج عليها ، بمعنى أنهما يجعلانه أمينا عليها بالعدل وحسن المعاشرة .

والثانى : أن يفرقا بينهما بعوض يأخذانه منها ، ويجوز أن يكون هذا العوض أقل من صداقها الذى أخذته ، كما يجوز أن يكون مساويا لصداقها ، وان يكون أكثر منه .

(٣) تفسير القرآن العظيم — للحافظ ابن كثير القرشى (ت ٧٧٤) ج ١ ص

— وتفسير القرآن الحكيم — المعروف بتفسير المنار — للسيد رشيد رضا (ت ١٣٥٤) ج ٢ ص

(٤) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج — للرملى — ج ٦ ص ٤٤ .

— وشرح جلال الدين المحلى على المنهاج ، للنووى ، ج ٢ ص ٩٠ .

— حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، ج ٢ ص ٢١٦ .

وان وجدا أن كلا منهما يشارك الآخر في الاساءة الى صاحبه ، فان استطاعا أن يعلما أيهما أشد اساءة الى صاحبه ، كان أشدهما اساءة كئنه المسيء وحده ، وان لم يمكنهما معرفة أيهما أشد اساءة أو عرفا أن اساءة كل واحد منهما الى صاحبه مثل اساءة صاحبه اليه . ففي المذهب رأيان : أولهما : أن على الحكيم أن يطلق الزوج بغير عوض ، وثانيهما : أن عليهما أن يطلقاهما بعوض ، وعلى هذا الرأي الثاني جره أكثر علمائهم (٥) .

وقد جاء في تفصيل عمل الحكيم في المقدمات الممهدة لابن رشد انه :

ان تبين أن الضرر من قبل الزوج فرق بينهما بغير غرم تغرمه المرأة ، ويكون نصف صداقتها ، وان كان ذلك قبل الدخول ، وجميعه ان كان بعد الدخول ، وان تبين لهما أن الضرر من قبل المرأة أقرها تحتها واثمنه على غيبته ، وأذا له في تأديبها كما أمر الله تعالى ، وان تبين لهما أن كل واحد منهما مضر بصاحبه فرقاً بينهما بغيرم بعض الصداق ، نصفه ان كان اضرار كل واحد منهما لصاحبه متكافئاً ، وأكثر ان كان الاضرار منهما أكثر ، وأقل ان كان الاضرار منهما أقل (٦) .

وجاء في حاشية الخرشى في شرحه مختصر خليل :

« انه ان كانت الاساءة من الزوج أكثر تكون كاساءته منفرداً ، أى يفرق من غير أن تعزم شيئاً ، كذلك اذا ثبت أن الاساءة كانت من جانبها أشد تكون كاساءتها منفردة ، أى تغرم الصداق كله » (٧) .

ويشترط في الحكيم عندهم أربعة شروط . هى : الذكورة ، والعدالة والرشد ، والعلم بما هو بسبيله .

(٥) حاشية الدسوقى — للعلامة محمد بن عرفة الدسوقى (ت ١٣٣٠) ج ٢ ص ٥٧٠ .

— وبداية المجتهد ونهاية المقتصد للقاضى الفيلسوف ابن رشد (ت ٥٩٥) ج ٢ ص ٤٥ .

— ومواهب الجليل على خليل — ج ٣ ص ٤٥ .

— والبهجة شرح التحفة — ج ٢ ص ٣٩٧ .

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد — ج ٢ ص ٤٣ .

(٧) شرح الخرشى — لأبى عبد الله محمد الخرشى (ت ١١٠١) وهو شرح على مختصر على خليل ج ٢ ص ١٤٩ .

فلا يجوز عند هؤلاء تحكيم النساء ، ولا الصبيان ، ولا العبيد ، ولا المجانين ، ولا الكفار ، ولا الفقه ، ولا السفهاء ، ولا من لا علم عندهم بأحكام النشوز والصلح ، ثم ان وجد حكمان من اهل الزوجين ، وأمكن تحكيمهما . لم يجز للقاضي حينئذ أن يبعث أجنيين ، ويندب كون الحكيم من جيران الزوجين ، ولا يشترط رضا الزوجين بما يحكمان به (٨) .

موقف القوانين العربية من التفريق للشقاق والضرر :

وقد نصت معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية على مبدأ جواز التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر مع خلاف يسير في اجراءات هذا التفريق وشروطه .

القانون المصرى :

فانه بعد ان كان العمل بمحاكم مصر الشرعية في هذه المسألة جاريا على مذهب أبى حنيفة الذى قدمنا ذكره ، رأى المشرع المصرى أن يقتبس أحكامها من مذهب الامام مالك الذى بيناه ، فنص في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه :

« اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة ، اذا ثبت الضرر ، وعجز عن الاصلاح بينهما ، فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى بعث القاضى حكيمين وقضى » (٩) .

كما نص على انه : يشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين من اهل الزوجين ان أمكن ، والا فمن غيرهما ممن له خبرة بحالهما ، وقدرة على الاصلاح بينهما » (١٠) ويجب على الحكيمين ان يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويذلان جهدهما في الاصلاح ، فان أمكن على طريقة معينة قرراها » (١١) .

(٨) شرح الدردير على خليل — ج ٢ ص ٤٠٥ .

— ومواهب الجليل على خليل — ج ٣ ص ٤٠١ .

(٩) المادة (٦) من القانون المذكور .

(٢) المادة (٧) من القانون المذكور .

(١١) المادة (٨) من القانون المذكور .

واذا عجز الحكمان عن الاصلاح ، وكانت الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قرر التفريق بطلقة بائة (١٢) ، وإذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث ، فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما . ويجب على الحكّمين ان يدنعا الى القاضي ما يقررانه ، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه (١٣) » .

القانون السوري :

كما أجاز القانون السوري أيضا لكل من الزوجين حق طلب التفريق من الآخر . فنذكر فيه أنه :

مادة ١٢ — أ : إذا ادعى أحد الزوجين اضرار الآخر به بما لايسْتَطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق .

(ب) إذا ثبت الاضرار ، وعجز القاضي عن الاصلاح فرق بينهما ، ويعتبر هذا التفريق طَلقة بائة .

(ج) إذا لم يثبت الاضرار ، أو كان المدعى الزوج يؤجل القاضي المحكمة مدة لا تقل عن شهر اما بالمصالحة ، فان اصر المدعى على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكّين من أهل الزوجين ، والا فمن يرى القاضي أن له قدرة على الاصلاح بينهما « (١٤) .

القانون التونسي :

ويجيز التشريع التونسي التّطليق للضرر ، إذا ثبت للمحكمة الاساءة أو الشقاق ، وللمحكمة أن تقضى بما تراه من تعويض لأحد الزوجين على الآخر ، في حدود ما بينه ، وحسب مصدر الاعساءة (١٥) .

(١٢) المادة (٩) من القانون المذكور .

(١٣) المادة (١١) من القانون المذكور .

(١٤) نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاسلام . للدكتور الصابوني

ص ١٥٦ .

— أصول المرافعات الشرعية لأنور العجروسي ص ١٠٦٥ .

(١٥) أصول المرافعات الشرعية . للعجروسي . ص ١٠٦ .

فأنت ترى من النصوص السابقة في القانونين : المصري والبيوري ، وما أخذ به التشريع التونسي ترى أنها لا تخرج في معناها عن نصوص مذهب المالكية الذي ذكرناه من قبل . إلا أنه لم يتشدد الى هذا الحد بوصف الضرر ولعل عذر المشرع في ذلك هو أنه لا يجوز أن يكون أقتل ضرر مسببا للطلاق . » .

المبحث الخامس

التفريق بين الزوجين لعيبه الزوج

وكذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة ، ثم لا هو يحمل زوجته اليه ولا يطلقها ، ومقام زوجته معه على هذا الحال زمنا طويلا مع التزامها جانب العفة والشرف أمر لا تستطيع النفس البشرية — في الاعم الأغلب — ان تطيق مثله حتى ولو كان بيدها من مال زوجها ما تستطيع الانفاق منه على نفسها .

فاذا غاب الزوج عن زوجته حينئذ وتضررت هي من جراء غيبته ، وخشيت بسبب ذلك الفتنة على نفسها . فهل يجوز لها أن تطلب التفريق من زوجها ؟

موقف الفقهاء من التفريق لفية الزوج :

يرى فقهاء المذهب الحنفى والشافعى : ان الزوجة ليس لها الحق في طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها وان طاللت غيبته ، وسندهم في ذلك انه لم يقم دليل شرعى على أن الغيبة بسبب من أسباب التفريق بين الزوجين ، والأصل بقاء الزواج حتى يقوم الدليل الذى يدل على جواز التفريق للغياب (١) .

(١) مفنى المحتاج للشيخ محمد الخطيب الشربيني — ج ٣ ص ٤٤٢ .
— ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج — لشمس الدين الرملى — ج ٦ ص ٢٦٠ .

— والمهذب لأبى اسحاق الشيرازى ج ٢ ص ١٧٥ .
— وفتح القدين . لابن الهمام الحنفى — ج ٣ ص .

ويرى فقهاء المالكى والحنابلة :

انه يجوز التفريق بين الزوجين اذا غاب الزوج وتضررت الزوجة بهذه الغيبة ، حتى ولو كان قد ترك لها مالا تنفق منه مدة غيبته .

وحجتهم فى ذلك . ان اقامة المرأة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية ، وهو اضرار بالغ بالزوجة ، والضرر يجب دفعه لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » : ودفع الضرر انما يكون بالتفريق بين الفائت وزوجته ان أبى أن يحضر اليها أو ينقلها الى البلد الذى تقيم فيه ، ولأن الامساك فى هذه الحالة امساك بغير معروف ، فتعين التسريح باحسان ، فان لم يتم به قام القاضى مقامه فيه (١) .

ولكن ما هى الغيبة التى يجوز التفريق فيها ومنها ؟

لقد اختلف القائلون بجواز التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج . أهى الغيبة بدون عذر . أم الغيبة مطلقا ولو فانت بعذر . كما اختلفوا أيضا فى مدة الغيبة الطويلة أسنة هى أم أقل من سنة .

فيرى فقهاء المالكية :

انه يجوز التفريق لغيبة الزوج مطلقا من غير فرق فى الحكم بين الغيبة التى تكون لعذر كطلب العلم والتجارة ، والتى تكون بغير عذر ، لأن الزوجة تتضرر من الغيبة فى الحالتين ، وان حد الغيبة هو سنة فأكثر .

فاذا غاب الزوج عن زوجته سنة ، وظلت الزوجة التفريق بينها وبينه لغيبته عنها هذه المدة ، فان كان الزوج فى مكان معلوم تصل اليه الرسائل ، فلا يحكم القاضى بالتفريق فى الحال ، بل يكتب الى الزوج رسالة يقول فيها :

(٢) المغنى — لشيخ الاسلام ابن قدامة المقدس . ج ٨ ص ١٤٢ .

— ورح الخرشى على خليل ج ٣ ص ١٤٤ .

— ومنح الجليل ج ٢ ص ٣١٣ .

أما أن تحضر أو تنقل زوجتك الى المكان الذى تقيم فيه ، وأما أن تطلقها ، ويحدد له مدة حسبها يرى . فان لم يحضر ولم ينقلها اليه ولم يطلقها حتى مضت المدة التى حددها له طلقها القاضى عليه .

فان لم يحضر ولم ينقلها اليه ولم يطلقها حتى مضت المادة ، التى حددها له طلقها القاضى عليه ، أما ان كان الزوج فى مكان مجهول ، أو لا تصل اليه الرسائل ، فان القاضى يطلقها فى الحال من غير أن يكتب اليه أو ان يحدد له مدة (٢) .

ويرى فقهاء الحنابلة :

انه لا يجوز التفريق بين الزوجين للغيبة الا اذا كانت بغير عذر ، فان كانت الغيبة بعذر فلا يجوز التفريق بسببها ، ولكنهم جعلوا حد الغيبة الطويلة ستة أشهر فقط .

وقد استند الحنابلة الى فعل الخليفة عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — حيث سأل ابنته حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها ، فقال يابنية : كم تصبر المرأة على زوجها ؟ فقال سبحانه الله : مثلك يسأل منطى عن هذا ؟ فقال : لولا أنى أريد النظر الى المسلمين ما سألتك . فقالت : خمسة أشهر أو ستة . فوقت للناس فى مغازيهم بستة أشهر (٤) .

القوانين العربية :

وقد أجازت القوانين العربية التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج أو سجنه أخذاً من المذهب المالكى فى ذلك .

-
- (٣) شرح الدردير على خليل ج ٢ ص ٤٠٢ .
 - شرح الخرشي على خليل — ج ٣ ص ١٤٥ .
 - منح الجليل — ج ٢ ص ٣١٢ .
 - (٤) المغنى لموقف الدين ابن قدامة — ج ٨ ص ١٤٢ .
 - وزاد المعاد — لابن القيم الجوزية ج ٢ ص ٥٥ .
 - الشرح الكبير — لشمس الدين بن قدامة — ج ٢ ص ١٦٧ .

القانون في مصر :

نقد جرى عمل المحاكم الشرعية في مصر في هذا الموضوع على مقتضى مذهب المالكية ، وذلك بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . حيث نصت المادة الثانية عشرة من هذا القانون على أنه :

إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً ، إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه « (١) .

وبينت المادة الثالثة عشرة طريق السير في هذه الدعوى حيث نصت على أنه :

إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً ، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه أن لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، ولم يبد عذراً مقبولاً ، فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة ، وإن لم يكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا أعذار وضرب أجل « (٢) .

القانون في سوريا :

كما أجاز القانون السوري أيضاً التفريق بين الزوجين لعيبه الزوج ، على مقتضى مذهب المالكية . حيث نصت المادة ١٠٩ منه على مايلي :

١ — « إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول — جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

٢ — هذا التفريق طلاق رجعى ، فإذا رجع الغائب ، والمرأة في المدة حق له مراجعتها (٣) .

(٥) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقاً لأحدث التعديلات — ص ٧ —
طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

(٦) الأحوال الشخصية طبقاً لأحداث التعديلات : ص ٧ .

(٧) أصول المرافعات الشرعية . لأنور العمروسي ص ١٠٧٩ .

— ونظام الأسرة وحل مشكلاتها في الإسلام . للدكتور عبد الرحمن الصابوني ص ١٥٩ .

ويبدو من مراجعة هذا النص أن في اعتبار الطلاق طلاقاً رجعياً في هذه الحالة تمثيلاً مع القانون في تعريفه للاعسار هو أقرب لمحاولة استئناف الحياة الزوجية .

المبحث السادس

التفريق بين الزوجين لحبس الزوج

وقد يحدث أن يقترب الزوج من الجرائم ما يستحق بسببها عقوبة السجن الطويل ، فتقع زوجته في مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب من شقة وحرَج يصعب على الطبيعة البشرية أن تتحملة وحتى أن ترك لها الزوج مالا تستطيع الاتفاق منه .

موقف الفقهاء من التفريق لحبس الزوج :

وإذا رجعنا إلى أقوال العلماء وأرائهم فإننا لانجد من بينهما ما يدل صراحة على الحكم في هذه المسألة .

ومذهب أبى حنيفة — وما كان عمل المحاكم الشرعية في مصر به وحده — ليس فيه من الأحكام ما تعالج به هذه الحالة ، ومذهب مالك — وهو ما يرايناه يميز التطلاق لغبية الزوج وللضرر — ليس فيه نص صريح في جواز تطلاق القاضى زوجة المحبوس ان هى قد طلبت منه ذلك .

الا أنه لما كان في مذهبهم ما يجوز للقاضى تطلاق زوجة الغائب وزوجة الأسير اذا تضررت وطالبت بالتطلاق منه . وكان الزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوى الغائب الذى طالعت غيبته سنة فأكثر في تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير في ذلك (١) .

لما كان ذلك كان لزوجته من حكم عليه بالسجن نهائيا ثلاث سنين فأكثر الحق في طلب التطلاق عليه بعد سنة من سجنه اذا تضررت من بعده

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، مع الإشارة إلى مقابلتها في الشرائع الأخرى تأليف محمد محي الدين عبد الحميد — ص ٣٢٤ .
— والأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية . للدكتور زكريا البرى —
ص ١٦٠ .

كزوجة الغائب والأسير ، لأن المناط في ذلك كله هو تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ، ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطلاق إذا تضررت من بعد زوجها عنها (٢) .

مواقف القوانين العربية :

ولقد كان ما ذكرنا آنفا هو ما ارتأه واضعوا القوانين في معظم البلدان العربية في قياسهم جواز التطلاق للسجن مدة ثلاث سنوات على جواز التطلاق لفية الزوج سنة فأكثر بجامع الضرر في كل : من حبس الزوج وغيبته مدة طويلة .

القانون في مصر :

فقد أعطى القانون في مصر لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم نهائي بعقوبة مقيدة لحيته مدة ثلاث سنين فأكثر ، الحق في أن تطلب من القاضي التطلاق بائنا بعد مظل سنة من حبسه — وهى مدة التضرر من الغيبة في تقدير القانون — حتى وإن كان للزوج المحبوس مال تستطيع الانفاق منه كما أسلفنا .

حيث نصت المادة الرابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م

على ما يلى :

« لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب الى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » (٣) .

ويفهم من نص المادة المذكورة . انه اذا حكم على الزوج بثلاث سنين فأكثر ، وكان هذا الحكم نهائيا ، فانه يجوز للزوجة بعد مضي سنة على

(٢) الأحوال الشخصية : للإمام الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٢٩ .

— والأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية لمحي الدين عبد الحميد

ص ٣٢٤ .

(٣) الأحوال الشخصية حسب أحدث التعديلات : الهيئة العامة

لشئون المطابع الأميرية . ص ٨ .

حبس زوجها أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها ، وعلى القاضي أن يحكم بتطليقها من زوجها ، وذلك لدفع الضرر الذي وقع عليها لبعدها زوجها عنها سنة كاملة ، وهي مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر ، والقاضي أن يرفع الضرر عنها (٤) .

ما اشترط القانون لجواز التفريق :

واشترط القانون لجواز التفريق بين الزوجين حبس الزوج الشروط التالية :

الشرط الأول :

أن تكون مدة حبس الزوج ثلاث سنين فأكثر ، لأن عودة الزوج خلالها لا تكون شريفة والزوجة تتضرر من جراء ضررها حقيقيا ، فيجوز لها أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها ويجب القاضي طلبها ، فإن كانت مدة الحبس هي أقل من ثلاث سنين فلا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لفقدان شرط المدة ، لأنه ما من شك في أن إذا قلت مدة الحبس عن ثلاث سنين فإن عودة الزوج خالها عودة قريبة ، لأنه من الممكن أن تصبر المرأة على بعد زوجها عنها حتى يعود ، وعلى هذا إذا طالبت الزوجة بالتفريق بينها وبين زوجها المحبوس سنة فأكثر لا تجاب إلى طلبها وترغض دعواها .

الشرط الثاني :

أن يكون الزوج قد قضى من مدة سجنه سنة فأكثر ابتداء من تاريخ تنفيذه عليه ، لأنها هي المدة التي اعتبرها القانون بالنسبة للغائب ، وعلى هذا إذا صدر الزوج حكم بالحبس مدة ثلاث سنين كان لزوجته بعد مضي سنة من تنفيذ الحكم عليه — أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها فيجيبها القاضي إلى طلبها من غير كتابة إلى الزوج أو انتظار كما قد يفعل مع الزوج الغائب (٥) .

(٤) نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية — للدكتور : أحمد محمد المحجوب : ص ٣٢٥ .
(٥) الأحوال الشخصية : للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٣٠ .

لكن ما نوع الطلاق الذى يوقعه القاضى ؟

والطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب حبس الزوج يعتبر طلاقاً بائناً حتى لا يتمكن الزوج من المراجعة اصرار بالزوجة .

ومما تجدر الإشارة اليه هنا ، هو أن الحبس يعتبر من الغيبة ، فيأخذ حكمها الذى تقدم بيانه عند الكلام عن الغيبة بالنظر لموقف الفقهاء فضيل القارىء اليه خشية التكرار .

القانون السورى :

اما القانون السورى . فانه على ما سبقت الإشارة اليه فى المادة رقم ١٠٩ التى نصت على انه :

١ — اذا غالب الزوج بلا عذر مقبول ، أو حكم عليه بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات — جاز للزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطالب الى القاضى التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٢ — هذا التفريق طلاق رجعى ، فاذا رجع الغائب أو طلقى السجن والمرأة فى العدة ، حق له مراجعتها (٦) .

ويلاحظ هنا أن القانون السورى اعتبر التفريق بسبب الغيبة أو السجن طلاقاً رجعياً . خلاف ما ذهب اليه القانون المصرى فى ذلك الشأن .

ونرى من هذا الاستنتاج فى القانون السورى ، أن فى اعتبار الطلاق رجعياً فى هذه الحالة تمسحياً مع القانون نفسه فى تفريته للاعسار هو اقرب لمحاولة استئناف الحياة الزوجية .

كما نرى أيضاً أن الأمر يكون أفضل لو فرق القاضى بين السجن لسبب سياسى أو دينى ، والسجن لغير ذلك من الأسباب كالجرائم العادية ، لأنه

— والأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية : لحنى الدين عبد الحميد ص ٣٢٥ .

— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية : للدكتور محمد المحجوب ص ٣٣٥ وما بعدها .

(٦) أصول المرافعات الشرعية — للعبروسى : ص ١٠٦٥ .

— ومبسوغة الأحوال الشخصية — لمعوض عبد القواب : ص ٧٦٥ .

لا يجوز أن يعامل كلاهما معاملة واحدة بزعم أن الضرر واحد ، ولكن احتمال الانفراج عن المسجون بسبب سياسى أو دينى هو أقوى الاحتمالات ، فضلا عن أن الغرض النبيل الذى سجن من أجله يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار .

وبعد ، فهذا بعض ما شرع الله فى الطلاق ، وهذه بعض حكمه وإبداعه ، صنع الله الذى أتقن كل شيء ، وأن الذين ينتقدون هذا النظام إنما ينقصهم الفهم الدقيق والوعى الكامل ، ذلك أن نسبة الطلاق فى أى بلد اسلامى أقل من أن تذكر إذا ما قورنت بغيرها من الأمم غير الاسلامية ، وأن على الذين يهاجمون الشريعة الاسلامية من خلال نظام الطلاق أو يرجع الى المنهج العلمى السليم ، ويبحثوا عن أسباب ودوافع الطلاق ، وهل بلغت درجة تستوعب تلك الضجة المفتعلة التى لا يرجى من ورائها الا إبعاد التشريع الإسلامى عن التطبيق ، وتشيتيت شمل الأسرة المسلمة وتفكيك أواصرها بإبعاد أقدس نظام وأفضله عنها ، ووضع قوانين أجنبية لا تمت بآية صلة الى عقيدة هذه الأمة والى تاريخ أمجادها .

والله أعلم

د / أحمد عبد العزيز عرابى